

# 放火罪における現住性の判断と その限界について

森 住 信 人

## 目次

- 1 問題の所在
- 2 現住建造物等放火罪と他人所有非現住建造物等放火罪の相違について
- 3 「現住性」の判断について
- 4 「現住性」の限界について
- 5 結語

## 1 問題の所在

現住建造物等放火罪（108条）は非現住建造物等放火罪（109条）より相当程度重く処罰されるのであるが、その根拠は何に求められるのであろうか。また、その根拠をどのように捉えるかによって現住建造物等放火罪の成立範囲が影響を受けるであろうか。

わが国の刑法典は、放火罪を客体によって区別し、法定刑に差を設けている。すなわち、放火の客体は、建造物等（108条、109条1項、同条2項）と建造物等以外（110条1項、2項）とに区別される。さらに、建造物等が住居として使用され、あるいは建造物等内に人が存在する場合を現住建造物等放火罪（108条）とし、建造物等が住居として使用されず、また建造物等内に人が存在しない場合を非現住建造物等放火罪（109条1項、2項）としている。法定刑は、現住建造物等放火罪が最も重く、「死刑または無期、若しくは5年以上の懲役」とされる（108条）。それに対し、非

現住建造物等放火罪では、他人所有にかかる非現住建造物については「2年以上の懲役」となり（109条1項）、自己所有にかかる非現住建造物については「6月以上7年以下の懲役」である（109条2項）。建造物等以外放火罪では、他人所有にかかる建造物等以外について「3月以上10年以下の懲役」（110条1項）、自己所有にかかる建造物等以外について「1年以下の懲役又は10万円以下の罰金」に処せられる（110条2項）。

放火罪は公共危険罪として把握され、公共危険の発生が条文上要求されている自己所有非現住建造物等放火罪（109条2項）および建造物等以外放火罪（110条1項、2項）が具体的危険犯と解され、公共の危険の発生が要求されない現住建造物等放火罪および他人所有にかかる非現住建造物等放火罪（109条1項）とが抽象的危険犯と解される。「公共の危険」の意義については争いがある<sup>1)</sup>。判例は、110条の公共危険の解釈として「第108条及第109条ノ物件ニ延焼スル結果ヲ発生スヘキ虞アリト思料セシムルニ相当スル状態」との見解を示した<sup>2)</sup>が、近年、「110条1項にいう『公共の危険』は、必ずしも同法108条及び109条1項に規定する建造物等に対する延焼の危険のみに限られるものではなく、不特定又は多数の人の生命、身体又は前記建造物等以外の財産に対する危険をも含まれると解するのが相当である」とした<sup>3)</sup>。放火罪は公共危険罪として理解されるが、公共危険の発生が要求されていない現住建造物等放火罪および他人所有非現住建造物等放火罪については、客体が「焼損」すれば直ちに既遂となる。

これらの条文の規定形式から、次のようにまとめることができる。すなわち、放火罪は、その客体によって区別され、現住建造物等に対する放火が最も重く処罰され、次いで、他人所有非現住建造物等に対する放火に重い法定が定められている。この両罪については、公共危険の発生が要求されておらず、客体の焼損のみをもって重く処罰されることになる。これら両罪については、公共危険の発生が擬製されても良いと考えられる程度に、公共危険が当然に発生すると考えられていたからであるということもでき

よう。これに対して、自己所有非現住建造物等放火罪や建造物等以外放火罪においては、前二者と比べて法定刑が軽くされている。また、公共の危険が発生しなかった場合には、放火罪としては処罰されない。他人所有にかかる客体と比べると、自己所有にかかる客体の場合に軽く処罰されることから、この部分において財産罪的性質も考慮されている。放火罪に規定されている客体は建造物損壊罪や器物損壊罪にも該当しており、手段が放火であることから、その公共危険性が考慮されて、放火罪として重く処罰され、また、自己所有にかかる客体でも、公共危険が発生した場合に限って処罰されると解される。

このような放火罪の類型と、これらの法定刑の差とを考慮すると、放火罪の把握についてはいくつかの疑問が生じる。例えば、公共危険罪としての性質を基本として放火罪を把握するならば、どのような客体に放火するにせよ、公共危険の発生が放火罪の本質的要素として考慮されなければならないのではなかろうか。しかし、現住建造物等放火罪および他人所有にかかる非現住建造物等放火罪では公共危険の発生が不要（擬製される）と解されることに疑問を感じる<sup>4)</sup>。現住建造物等放火罪および他人所有非現住建造物等放火罪もともに公共危険の発生が擬製されており、しかも人の死傷結果が両罪の成立要件とはなっていないにも拘わらず、法定刑に大きな差が設けられている根拠は何に求められるのであろうか。放火罪の財産罪的性格を考慮するならば、客体の財産的価値に応じて法定刑に差が設けられるべきであるが、現住建造物等が非現住建造物等や建造物等以外より財産的価値が一律に高いとは言えない場合もあろう。放火罪を人身に対する侵害犯として把握しようとした場合、しかしながら、放火罪のどの条文においても人の死傷結果が放火罪の成否に影響しないことから、そもそもそのような把握が困難となる。とはいえ、放火罪においては複合的に法益を保護しているのであるから、条文の規定や解釈が複雑になることもやむを得ないと思われる。

本稿では、放火罪についてのいくつかの疑問のうち、現住建築物等放火罪と他人所有非現住建築物等放火罪との関係に焦点を当て、現住建築物等放火罪が他人所有非現住建築物等放火罪より重く処罰される根拠から、現住建築物放火罪の成立範囲、特に「現住性」の判断とその限界について言及することを目的とする。まず、現住建築物等放火罪が非現住建築物等放火罪より重く処罰される根拠について考察する。その後、「現住性」の判断とその限界について考察することとする。

## 2 現住建築物等放火罪と他人所有非現住建築物等放火罪の相違について

(1) 現住建築物等放火罪が他人所有にかかる非現住建築物等放火罪より重く処罰される根拠について、放火罪の性質からこれら両罪の法定刑の差を説明することができるか検討する。

放火罪は公共危険罪として捉えられている。現住建築物等放火罪および他人所有非現住建築物等放火罪とでは、公共危険の程度に差が生じうることから両罪の法定刑に差を設けたと考えることもできよう。しかし、現住建築物等放火罪および他人所有非現住建築物等放火罪については、そもそも公共危険の発生は擬製されると解されており、この点について両罪に差は認められない。

次に、財産罪の性質から考察した場合、現住建築物等が非現住建築物等に比べて財産的価値が高いことから重く処罰されると考えることができよう。しかしながら、この点についても、非現住建築物等でも、会社や工場などは個人の住居と比べて財産的価値が劣るとは言えない場合が多数あることから、このような主張は難しかりう。現住建築物等については、人が住居として使用していることからすれば、その被害者にとっては住まいを奪われることになり、その点で非現住建築物等放火罪より重く処罰される

べきであるとの主張は可能であると思われる<sup>5)</sup>。とはいえ、判例は必ずしも一般的に住居とは考えられない建造物にも現住性を認めており<sup>6)</sup>、また客体が非現住建造物等であっても「現に人が存在する」場合には現在建造物等放火罪として同一条文において処罰の対象とされているのであるから、これらの点については説明が困難になろう。

(2) 次に、現住建造物等放火罪と他人所有非現住建造物等放火罪との条文規定の差から法定刑の差を説明することができるか検討する。

現住建造物等放火罪の客体は「現に人が住居として使用」する建造物等（現住建造物）と、「現に人がいる」建造物等（現在建造物）であり、それに対して、非現住建造物等放火罪の客体は「現に人が住居に使用」しない建造物等と、「現に人がいない」建造物等である。両罪の相違を建造物等の内部に人が存在するかどうかにあると捉えることができる。そうであれば、両罪の法定刑の差は、建造物等の中にいる人の生命・身体に対する危険の相違として捉えられる。放火罪が公共危険罪としても、公共危険の対象は詰まるところ人の生命・身体に対する危険性である。建造物等の内部に人が存在する場合と存在しない場合とでは、人の死傷結果が生じる可能性に差があるのは当然であり、この点を考慮して、現住建造物等放火罪が他人所有非現住建造物等放火罪より重く処罰されていると解するのが最も適当であろう<sup>7)</sup>。

ところで、建造物等の中に人が存在するかどうかによって現住建造物等放火罪および他人所有非現住建造物等放火罪との法定刑の差を説明した場合、その客体としての「現住」建造物等についてはなお説明が必要である。つまり、建造物等内に人が存在するかどうかが両罪の法定刑の差についての決定的な要件であるならば、その建造物等の中に「人がいるかどうか」が重要な要件であり、建造物等が「住居として使用されているかどうか」は重要ではないことにもなりうるからである。そうであれば、わざわざ「現住」建造物等を本罪の客体とせず、「現在」建造物等のみを客体にする

という立法もありえたこととなろう。もちろん、住居として使用されている建造物等であれば、その内部に人が存在する可能性は高いとはいえる。しかし、「住居」と解される建造物等の中に必ず人が存在するとは言えない。条文において、「現住性」と「現在性」とが対置されていることから、現住建造物等に対する放火の場合には、現実には建造物の内部に人がいない場合であっても現住建造物等放火罪の成立を認めるところに意義があることになる。しかし、このように解した場合、現住建造物等放火罪と他人所有非現住建造物等放火罪との法定刑の差は、「現在性・非現在性」については実際に建造物等の内部にいる人に対する危険性の有無であるが、「現住性・非現住性」については建造物等の内部にいるかもしれない人に対する危険性の有無となり、危険の対象たる人の存在自体が希薄化されていると解することになろう。

現住建造物等であれば、その内部に人がいるであろうことは想定されるべきことであり、実際に内部に人がいることについて行為者が確定的に認識していなかったという理由で現住建造物等放火罪の成立を否定することになると、建造物等の内部にいる人に対する危険性が考慮されないことにもなる<sup>8)</sup>。そこで、立法的に、このリスクを放火の行為者に負担させると解するべきとの見解にも一理あろう<sup>9)</sup>。とはいえ、「現住性」が認められる以上、いかなる事情があっても現住建造物等放火罪の成立を肯定すべきとも思われない。ある種の事情によっては「現住性」が否定される場合があっても良いように思われるのである。

### 3 「現住性」の判断について

(1) まず、現住建造物の認められる範囲について考察する。

前提として、現住建造物等放火罪の客体は、建造物でなければならない。建造物の意義について、判例は、建造物損壊罪の客体について「家屋ソノ

他コレニ類似スル建築物ヲ指称スルモノニシテ、屋蓋ヲ有シ牆壁又ハ柱材ヲ以テ支持セラレテ土地ニ定着シ、少ナクトモソノ内部ニ人ノ出入リスルコトヲ得ルモノ」<sup>10)</sup>としており、屋根や壁がない場合や、土地に定着しているとはいえないような場合には、そもそも建造物に当たらないと解される。建造物かどうかの基準は放火罪の構成要件が客体によって区別されることから重要であるが、厳格にこの要件を満たすべきかについては、若干の疑問もなくはない。放火罪が公共危険罪としての性質を有し、特に現住建造物放火罪が建造物等の内部にいる人の生命・身体の保護のために重い法定刑を規定しているとすれば、「建造物」について厳格に判断するよりは、前述の定義からは建造物とは厳密に言えなくとも、実際に内部に人がいるかどうかや、住居として使用されているかどうかという部分に焦点を当てて、現住（現在）建造物等に当たるかどうかを判断する余地があっても良いように思われる。

「人が住居として使用」する建造物について、判例は、「現ニ人ノ起臥寢食ノ場所トシテ日常使用セラルル建造物ヲ謂フモノニシテ昼夜間断ナク人ノ現在スルコトヲ必要トセズ」としている<sup>11)</sup>。現住建造物等であっても放火時にその内部に人がいるならば現在建造物等と解することもできるのであるから、現住性を認める実際的な意味は当該建造物の内部に人がいなくても現住建造物等放火罪が成立するところにある<sup>12)</sup>。現住性と現在性についての差は、現住建造物であれば、その建造物等の内部に人がいることについて行為者の認識にかかわらず現住建造物等放火罪の成立が認められるのに対して、現在建造物等放火罪については建造物等内に人がいることの認識が故意の対象とされ、その認識を欠いている場合には現在建造物等放火罪が成立しないと考えられよう<sup>13)</sup>。このように解した場合、現在建造物等放火罪は現住性が認められない建造物等についてのみ成立すると考えれば足りることになろう。

前述の基準から、判例において現住性が認められたものとして、学校の



宿直室<sup>14)</sup>や待合の離れ座敷<sup>15)</sup>などが挙げられる。これらは、一般的に「住居」とは認識されない建造物であっても人が起臥寝食に使用している実態があれば「現住性」が認められることを意味すると言えよう。現住建造物等放火罪が重く処罰される根拠として建造物等の内部にいる人の生命・身体の危険性が考慮されているとするならば、当該建造物等が日常的に人が住居のように使用されていれば、その建造物が一般的な見地から、いわゆる「住居」である必要が必ずしもないことにも納得できる。

その一方で、「現に」住居として使用しているかどうかを慎重に判断すべきかという点については悩ましい問題がある。別荘などの一定期間だけ使用される住居について、オフシーズンに管理人などの人もいないのであれば、その別荘の現住性を否定すべきとの見解<sup>16)</sup>には、現住性を慎重に判断すべきとの意味において首肯できるものがある。しかしながら、オフシーズンであっても稀にはその別荘を使用する人もあろう。その場合、オフシーズンの別荘が典型的に現住性を失っており、現在建造物となるかどうかの問題となるとすると、行為者がオフシーズンで利用者がいないものと思って放火した場合、結果的に非現住建造物等放火罪が成立することを認めることにもなりかねない。もちろん現住性が起臥寝食の実態の有無によって判断されるのであれば、オフシーズンであれ別荘の利用者がいれば現住性を認めることにはなる。しかし、その場合でも行為者がオフシーズンの別荘には利用者がいないと思っていた場合には現住性の認識が欠けることになり、現住建造物等放火罪の成立を否定するとの結論が導かれるのではなかろうか。現住性の判断を慎重に行うことは良いとしても、現住性を否定する場合についても慎重に検討すべきであろう<sup>17)</sup>。

(2) 次に、「現住性」が認められる「建造物」の範囲について考察する。

一般的に、構造的に1個の建造物が住居として使用されていれば、その全体が現住建造物等と判断されて良いであろう。しかし、建造物の1個性の判断が難しい場合もある。大きな建造物の一部分のみが居住部分あるい



は宿直室として使用されている場合もあれば、マンションのように一つの建造物の中に居住部分と非居住部分とが混在する場合もある。このような場合、どのような基準・範囲において建造物の1個性を判断すべきであろうか。

建造物等が物理的に接続しており、一体と言えれば1個の建造物として良いと考えられる（物理的一体性）。判例は、二階建ての校舎の一階の一室が宿直室となっている建造物の二階部分<sup>18)</sup>、棟割り長屋の空き家部分<sup>19)</sup>、現住性が認められる小使室とバラック屋根の廊下で接続している人がいない小学校校舎部分<sup>20)</sup>への放火などの場合について現住建造物等放火罪の成立を肯定した。これらの事案においては、現住部分と非現住・非現在部分とが物理的に接続していることを理由に、その建造物全体を一体として現住建造物等と認定しているようにも思われる。物理的一体性が、単に現住部分とその他の建造物部分とが接続しているか否かという意味で用いられているのであれば、この基準は相当程度に明確なものといえよう。

とはいえ、この点について判例は、延焼可能性をも考慮して判断しているようにも思われる。平安神宮社殿（複数の建造物が渡り廊下により接続し、全体として大きな立方体の構造で、その一部が宿直員の起居の用に供されている）の一部に放火した（放火場所と宿直員がいた場所とは回廊等を経由して200m以上あった）という事実について、「廻廊、歩廊づたいに各建物を一周しうる構造となっていた」とした上で、さらに各建物が「すべて木造である」ことから、「社務所、守衛詰所にも延焼する可能性を否定することができ」ないと判示している<sup>21)</sup>。このようなことから、単純に現住部分がその他の建造部分と接続しているという理由だけで、現住建造物等放火罪の成立を認めたとも言いきれないようである。日本においては昔の建造物の多くが木造であったことを考慮すれば、物理的に接続していれば、延焼可能性を肯定することが容易であったと言うこともできよう<sup>22)</sup>。しかしながら、建造物の物理的な接続が現住部分への延焼可能性を

肯定することにならない場合もありうる。建造物が大きくなっていけば延焼可能性を認めることは徐々に難しくなるであろう。また、接続しているかどうかよりも、現住部分への延焼可能性が重視されて建造物の一体性が判断される可能性もある。極論すれば、物理的一体性の基準について延焼可能性の側面を強調した場合には、不燃性・難燃性建造物については建造物の大きさに拘わらず建造物の一体性を否定する方向を導くようにも思われる。

さらに、平安神宮社殿放火事件では、物理的一体性に加えて、機能的一体性という基準をも用いて、全体として1個の建造物に当たるとの判断を示した。前述のように、平安神宮社殿が回廊等によって接続していること、また社殿が全て木造であり、延焼可能性が肯定されることから物理的一体性が認められることは明らかである。そのことをもって現住建造物とすることも可能であったとも考えられるのであるが、最高裁は、前述の木造や延焼可能性に加えて出仕と守衛が社殿を巡回することをも理由として挙げて、「社殿は、物理的に見ても、機能的に見ても、その全体が一個の現住建造物であった」として、機能的一体性という基準をも用いたのである<sup>23)</sup>。機能的一体性が物理的一体性を補完して建造物の一体性を認めるために機能することを認め、機能的一体性を積極的な基準として位置づけるのも解釈の方向性としてはありえよう<sup>24)</sup>。しかしながら、機能的一体性が単に建造物の一体性を拡張するために使用され、限定する方向では使用されないのであれば、機能的一体性について疑問が提示されるのもやむを得ないであろう<sup>25)</sup>。

その一方で、物理的一体性が延焼可能性の側面から否定されやすいような不燃性・難燃性建造物に対する放火の場合に、居住部分への延焼可能性が認められないことから現住建造物等放火罪の成立を直ちに否定して良いかについては、疑問がなくもない<sup>26)</sup>。理論的に物理的一体性を延焼可能性の側面から否定することになっても、その結論は正当であると思われるも

のの、実際に有毒ガスの発生などによって人の死傷結果が生じた場合に非現住建造物等放火罪という結論を導くことには戸惑いを感じる。そもそも現実の人の死傷結果は放火罪においては犯罪成立要件の対象外となっており、放火罪の成否に影響しない。しかしながら、現住建造物等放火罪の刑の加重根拠として実質的に建造物等の内部に人が存在し、その人に対する生命・身体の危険性が考慮されるのであれば、建造物等の内部に死傷者が得るような場合には、現住建造物等放火罪の成立を肯定すべきという方向性が潜在しているといえるのではなかろうか。とはいえ、公共危険が現実になったという理由で現住建造物等放火罪の成立を認めるというのでは理論ではない。そうすると、この機能的一体性という基準が当該建造物等の居住部分と非居住部分とが機能的に一体である場合に、延焼可能性のない部分への現住性を認める要因として、なお有用性が認められても良いようにも思われる。しかしながら、機能的一体性の基準が曖昧であることから、機能的一体性の内容、その認められる範囲について、なお詳細な検討が必要である。

#### 4 「現住性」の限界について

これまで「現住性」が認められる範囲について考察してきたが、逆に現住性が否定される要素について検討してみる。

まず、現住建造物等の持ち主（居住者）が放火行為者であった場合について、判例は、「人の住居として使用」している建造物等における「人トハ犯人以外ノ者ヲ謂フ」としている<sup>27)</sup>。現住建造物等放火罪が重く処罰される根拠を建造物等の内部にいる人の生命・身体に対する危険性と考えた場合、その対象に放火行為者を考慮する必要はないように思われる。このように考えた場合、犯人が自己の家を放火した場合、現住性が否定され、自己所有非現住建造物等放火罪（109条2項）が成立するという結論を導

くことになる<sup>28)</sup>。

また、居住者全員を殺害した後に被害者の住居に放火した場合について、判例は現住性を認めない<sup>29)</sup>。条文解釈として、「人」が住居として使用している必要があるとすると、死者は人ではないことから現住性が否定されると考えられる。また、現住建造物等放火罪が重く処罰される根拠を建造物等の内部の人に対する危険性と解する立場から、死者であれば、もはや人に対する生命・身体への危険性は存在しないことになり、この結論を支持できよう<sup>30)</sup>。

さらに一步進めて、放火行為者が住居の居住者全員がいなかったことを確認してから放火した場合はどうであろうか。現住性の基準からは、居住者がいる以上、当該建造物に偶々人が存在しなかっただけであり、現住性が否定される理由はないと言えよう。しかしながら、建造物の内部にいる人の生命・身体に対する危険性を現住建造物等放火罪の刑の加重根拠とするならば、建造物内部の人の安全を確保した場合には現住性を否定する根拠として認めても良いように思われる<sup>31)</sup>。この点について、条文上、現住性が現在性と対置されていることから、条文解釈上無理があるとの指摘もある<sup>32)</sup>。しかし、現在性と現住性との相違について、建造物等内にいる人が実際に存在しなければならないのか、それとも住居であることから人の現在性が可能的なもので足りると解するかの差であるとするれば、住居の中に人がいないことを確定させた場合には、いずれにせよ建造物等の内部に人がいないことによって建造物等の内部の人の生命・身体に対する危険性が存在しなくなり、現住性を認めて重く処罰する根拠がなくなるように思われる。

この点について、判例は、自己の所有する家屋に対する競売手続を妨害するために従業員5名を宿泊させていたが、保険金詐欺を企て、この5名を旅行に連れ出し、旅行中に共犯者に放火させたという事案について、現住建造物等放火罪の成立を認めた<sup>33)</sup>。現住性を認めて良いかどうかについ

ての限界的事案であるが、本件家屋に宿泊させていた5名をわざわざ旅行させ、従業員らが完全に不在であるその旅行期間中に放火させたというのであるから、現住性が否定される余地があるように思われる。

なお、行為者が安易に建造物等の内部に人がいないと思ったことによっても38条2項の適用が認められることはないと解すべきである。現住性については、そもそも建造物等の中に人がいる可能性が高いことから、放火行為時に実際には建造物等の内部に人がいなかったとしても現住建造物等放火罪が認められる。この時、建造物等の内部に人がいることのリスクは行為者側に付随しており、行為者はこのリスクを回避するだけの相当の行為を行っている場合、つまり、建造物等の内部に人が存在しないことを確定させ、放火による人の生命・身体に対する危険性が少なくとも建造物等の内部には発生しなかった場合に限られなければならないと解すべきである。

## 5 結語

(1) 本稿の考察をまとめると次のようになる。

現住建造物等放火罪と非現住建造物等放火罪における法定刑の差については、建造物等の内部にいる人の生命・身体に対する危険性が考慮されていると解すべきであり、現住建造物等放火罪が重く処罰される実質的根拠として捉えられる。このように解した場合、この根拠を欠いている場合には、現住建造物等放火罪の成立が否定されるべきことになろう。反対に、建造物等の内部の人の生命・身体の危険性がある場合には、現住建造物等放火罪を認めるべきとの方向性が示される。

また、建造物等の内部にいる人の生命・身体の危険性は、現在性と現住性とは異なることになる。つまり、現在性の場合には現実には建造物等の内部にいる人の生命・身体に対する危険性であるが、現住性の場合にはそ

の危険性がある程度抽象化される。現住建造物等の場合には当該建造物等を日常的に人が使用し、また人の出入りがあることから、放火時に人がいないことが本罪の成立を妨げないと解されるからである。

このような解釈からは、まず、客体である建造物性について、建造物損壊罪の客体よりも現住建造物等放火罪の客体の方が広く認められる余地を認めることになる。厳密に建造物とは言えなくとも、当該建造物様のものを人が住居として使用しているならば、その内部にいる人の生命・身体への危険性もまた、現住建造物等放火罪として保護されて良いように思われるからである。

現住性については厳密に判断すべきではあるため、長期にわたり人が使用しない建造物については、現住建造物等としなくて良いように思われる。とはいえ、別荘などの場合にはオフシーズンを理由に類型的に現住性がないとするのではなく、実態として長期にわたって人の使用がないこと、そして人の使用がないことが一般に認識されている場合に現住性を否定すべきように思われる。

建造物の一体性について、判例は、物理的一体性と機能的一体性という二つの基準を用いている。物理的一体性については、単に現住部分と他の非現住部分とが接続していることを理由に一体性を認めるのではなく、実質的に建造物等の内部にいる人の生命・身体に対する危険性の有無を判断すべく、延焼可能性をも考慮して判断すべきである。現住部分と非現住部分とが接続していたとしても、現住部分へ延焼する可能性が全くなく、したがってそこにいる人の生命・身体に対する危険性が発生しない場合には現住性を否定してよからう。機能的一体性については、その基準が曖昧であることから、その使用は慎重を期すべきである。しかし、物理的一体性が延焼可能性のないことを理由に否定される場合において、それでもなお建造物の内部の人の生命・身体に対する危険性が認められるような場合に、機能的一体性を用いて建造物の一体性を認める余地があっても良いように

思われる。

現住性の限界として、放火行為者が含まれないことや、被害者が全員死亡している場合なども、建造物の内部の人の生命・身体に対する危険性がないことから現住性を否定することになる。さらに進んで、行為者が建造物内に人がいないことを確定させている場合にも、建造物等の内部にいる人の生命・身体に対する危険性がないことから、現住性を否定する余地を認めることができよう。しかし、行為者が建造物等の内部に人がいないと思っただけでは、現住性を否定する根拠とはならない。なぜなら、「現住性」が認められた場合、建造物等内の人の存在はその可能性で足りることになり、人が建造物等の内部にいる可能性が否定されるだけの行為が求められるからである。

(2)ところで、本稿の検討における最大の問題は、建造物等の内部にいる人の生命・身体に対する危険性のために現住建造物等放火罪が重く処罰されると解釈しても、現住建造物等放火罪も、その他の放火罪においても、人の死傷結果が放火罪の成否に影響しない点にある。このことから理論的には現住建造物等放火罪の成立が疑問視される類型であっても、人の死傷結果が生じる場合が考慮されると、現住建造物等放火罪の成立を肯定すべきように思われてしまう。例えば、建造物の一体性の範囲についても、当該事案においては死傷者が出なかったとしても、同種同様の事案において人が死傷した場合になお非現住建造物等放火罪とすることには、その法定刑の差から疑問を感じることになる。放火からは典型的に人の死傷結果が生じ易いからこそ、現住建造物等放火罪では死刑まで含む重い刑罰が設定されていると解されよう。これは、現住建造物等放火罪の中には人の死傷結果が折り込まれていると解することになる。他方、非現住建造物等放火罪では、比較して法定刑が軽く定められていることから、人の死傷結果が折り込まれていないと解されることになりうる。そうだとすると、人の死傷結果が危ぶまれるような放火の場合には、現住建造物等放火罪の成立



を認めておくべきとの思考が働いてしまうのはやむを得ないようにも思われるのである。

現行刑法の放火罪の規定では解釈上の限界があると思われるが、将来的に立法論までを視野に入れるのであれば、人の死傷結果については結果的加重犯とするという措置が考慮されても良いように思われる。放火罪が公共危険罪だとしても、人の死傷結果が生じた場合には実際の量刑において大きな差が生じるであろうこと考えると、人の死傷結果について結果的加重犯とすることがあながち失当とも思われない。放火から人の死傷結果が生じる危険性は、もちろん現住建造物等の場合に最も高いとは言えるが、非現住建造物であれ、建造物等以外であれ、火が燃え広がれば人が死傷する可能性は十分に高いと考えられよう。人の死傷結果を結果的加重犯とするならば、人の死傷結果を考慮して現住建造物等放火罪の成立を考えると、いう思考が不要になるであろう。

わが国の刑法の導入元となったドイツ刑法<sup>34)</sup>では、1998年の第6次刑法改正法(6.StrRG)によって放火罪が大幅に改定され<sup>35)</sup>、その306条bにおいて人の重大な傷害<sup>36)</sup>が、306条cにおいて人の死亡が結果的加重犯として処罰されている<sup>37)</sup>。ドイツとわが国とでは、法を取り巻く様々な環境が異なることから、直ちにドイツ刑法を輸入するということは避けなければならない。しかし、法の改正が比較的に多いドイツにおいて、その改正によってどのような影響が生じたのかなどを慎重に検討した上で、わが国の参考にすることは有用であろう。本稿ではこれを検討の対象としなかったもので、今後の課題としたい。

#### 註

- 1) 「公共の危険」の意味については、108条および109条1項の客体への延焼による人の生命・身体に対する危険と考える見解(限定説)と、延焼によらなくとも人の生命・身体に危険が発生した場合には公共の危険を認めて良いとの見解(無限定説)とが主張されている。限定説の論者として、大谷實『刑法講義各論』[新版

- 第3版』(2009年)374頁、西田典之『刑法各論[第5版]』(2010年)298頁以下、山口厚『刑法各論[第2版]』(2010年)389頁などがある。なお、伊藤研祐『刑法講義各論』(2011年)274頁参照。無限定説の論者として、中森喜彦『刑法各論[第3版]』(2011年)167頁、川端博『刑法各論講義[第2版]』(2010年)482頁、前田雅英『刑法各論講義[第5版]』(2011年)454頁、井田良「放火罪をめぐる最近の論点」『刑法基本講座第6巻』(1993年)184頁、今井猛嘉・小林憲太郎・島田聡一郎・橋爪隆『リーガルクエスト刑法各論』[島田聡一郎](2007年)264頁などが挙げられる。
- 2) 大判明治44年4月24日刑録17輯2310頁。
  - 3) 最決平成15年4月14日刑集57巻4号445頁。
  - 4) 条文の規定上、このような解釈はやむを得ないものであるが、それでも公共の危険が全く発生しなかった場合には放火罪の成立を否定すべきとの主張もある(山口厚『危険犯の研究』(1982年)239頁以下参照)。また、将来的な立法論として、放火罪全体を具体的危険犯として見直すべきとの主張もある(諸澤英通「放火罪」『現代刑法講座第4巻』(昭和57年)98頁)。
  - 5) 平野龍一「刑法各論の諸問題」法学セミナー221号46頁。
  - 6) 後述するように、宿直室が付随する学校についても「現住性」を認めている。
  - 7) 香城敏磨「判例批評」平成元年度最高裁判例解説249頁、西田典之「放火罪」『刑法理論の現代的展開[各論]』(1996年)282頁。
  - 8) 井田・前掲註1)「放火罪をめぐる最近の論点」184頁、西田・前掲註7)「放火罪」283頁。
  - 9) このことから現住建造物等放火罪は抽象的公共危険犯としてのみではなく、その建造物の中にいる人に対する抽象的危険犯として捉え、二重の抽象的危険犯性を持つとの主張がある(西田・前掲註7)「放火罪」283頁)。
  - 10) 大判大正3年6月20日刑録20輯1300頁。
  - 11) 大判大正2年12月24日刑録19輯1517頁。
  - 12) 大判明治44年12月25日刑録17輯2310頁、大判昭和4年2月22日刑集8巻95頁。
  - 13) 現住性・現在性についても、未必の故意で足りると解される。村瀬均『大コンメンタル第7巻[第2版]』(2007年)51頁以下参照。
  - 14) 前掲註11)大判大正2年12月24日刑録19輯1517頁。
  - 15) 最判昭和24年6月28日刑集3巻7号1129頁。
  - 16) 藤木英雄『刑法講義各論』(1972年)89頁、村瀬・前掲註13)61頁、西田・前掲註7)「放火罪」283頁。
  - 17) 植松・前掲註5)100頁、大谷・前掲註1)369頁参照。
  - 18) 前掲註11)大判大正2年12月24日刑録19輯1517頁。
  - 19) 大判昭和3年5月24日法律新聞2873号16頁。
  - 20) 大判昭和14年6月6日刑集18巻10号337頁。

- 21) 最決平成元年7月14日刑集43巻7号641頁。
- 22) 西田・前掲註7)「放火罪」283頁。なお、延焼可能性を考慮することに反対するものとして、木藤繁夫「刑法108条の現住建造物と認められた事例」研修462号(1986年)57頁。
- 23) 本決定は機能的一体性の基準から延焼可能性を建造物の1個性を認める上で必要要素としないとしたものであるとの指摘がある(香城・前掲註7)245頁)。
- 24) 香城・前掲註7)318頁以下。
- 25) 井田・前掲註8)194頁以下、西田・前掲註7)「放火罪」283頁、中森・前掲註1)166頁、山口・前掲註1)381頁など。
- 26) マンション内の非居住部分であるエレベーター内部に放火した事案において、原審である東京高裁は、「マンションの各居住空間の部分とともに、それぞれ一体として住宅として機能し」としているとの理由から現住性を肯定し、最高裁もこの結論を支持した(最決平成元年7月7日刑集57巻)。
- 27) 大判昭和9年9月29日刑集13巻1245頁。なお、本事案において、犯人の中には共犯者も含まれるとされる。
- 28) 大判昭和4年6月13日刑集8巻338頁。
- 29) 大判大正6年4月13日刑録8巻338頁。
- 30) 人の死傷直後については、現住性を認める場合があるとの見解も示される(団藤重光『刑法綱要各論[第3版]』(1990年)197頁註7)。
- 31) 内田文昭『刑法各論[第3版]』(1996年)443頁、山口・前掲註1)379頁以下。  
なお、島田・前掲註1)259頁。
- 32) 西田・前掲註1)291頁。
- 33) 最決平成9年10月21日刑集51巻9号755頁。
- 34) ドイツ刑法における放火罪の変遷について、星周一郎『放火罪の理論』(2004年)89頁以下参照。
- 35) この改正によって、306条(わが国では非現住建造物等放火罪に当たりうる)、306条a(同現住建造物等放火罪)、306条b(人の重大な傷害についての結果的加重犯規定)、306条c(人の死亡についての結果的加重犯規定)となった。基本的構成要件である306条が非現住建造物等放火罪となったことから、財産罪的側面が強調されたとも考えられる(Vgl., Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., 2011, § 306. Rn. 1.)。
- 36) 306条b 特別重放火罪  
「(1) 306条または306条aについて放火によって他人の身体に対して重大な傷害または多数の人を傷害した者は、2年を下らない懲役に処す。  
(2) 306条aの場合において以下を行った者は、5年下らない懲役に処す。  
1. その行為によって他人に死の危険をもたらした場合  
2. 他の犯罪を可能にする、あるいは隠匿する意図の下に行われた場合、あるいは、3. 小さな火力を隠蔽し、または強化した場合」

37) 306条 c 死の結果を伴う放火

「306条から306条 b について放火によって人を死亡させた者は、終身刑または10年を下らない懲役に処す。」